Eugenio Raúl **Zaffaroni**

## El derecho penal y los derechos humanos

# Humanitas\*

A M C L A J E S

[ 22 ]

Tram(p)las

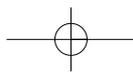
*Humanitas* o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona, el respeto a su esencia, es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona, para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas. Soy consciente de que los espe-

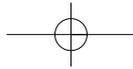
cialistas en antropología filosófica afirman que ésta nació con Max Scheler<sup>1</sup>, del mismo modo que los juristas suelen afirmar que la ciencia o saber jurídico nació con la dogmática de Rudolf von Jhering<sup>2</sup>. Estimo que un saber puede depurarse y perfeccionar su definición epistemológica y su método en cierto momento importante de su evolución, pero esto no significa que nazca en ese momento. Nadie depura o perfecciona conocimientos sobre los que antes no se especulaba o reflexionaba. La antropología filosófica nació con el primer humano que se preguntó *¿quién soy?* El saber jurídico comenzó cuando los primeros investigadores creyeron necesario introducir el espí-

Eugenio Raúl **Zaffaroni**

Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctor *honoris causa* de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, en 1993. Doctor *honoris causa* de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, República de Bolivia, 2003. Doctor *honoris causa* en Jurisprudencia de la Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia, 2003. Doctor *honoris causa* de la Universidad de Morón.

\* Extracto de texto elegido por Eugenio Raúl Zaffaroni para este número de *Tram(p)las*. Lectio Doctoralis con Motivo del Doctorado honoris causa entregado por la Universidad de Morón, en Octubre de 2006.





ritu de sistema para la interpretación de las leyes. Nuestro saber se inició con las universidades, en la Europa central, especialmente en el norte de Italia, hace más de mil años, formadas en torno de los estudios jurídicos<sup>3</sup>, con los glosadores y posglosadores<sup>4</sup> y, sin duda, estaba configurado en las obras de los prácticos<sup>5</sup>. La antropología filosófica y el derecho, y en particular me refiero al derecho penal como saber jurídico penal, se encuentran y desencuentran a lo largo de toda la historia de este último. *Humanitas* es el componente que nos permite diagnosticar si un saber jurídico penal cumple su función de custodio de la dignidad de la persona o se aparta de ella para degradarse a una vulgar racionalización del ejercicio de poder vertical de un estado. Hablando en términos más precisos y claros: *humanitas* nos dice si nos hallamos ante un *derecho penal liberal* o ante un *derecho penal autoritario*.

El derecho penal es un saber, no son las leyes penales, la legislación penal, sino *el sistema de interpretación de las leyes penales*

*que hacemos los juristas*. Estas leyes, en su letra, pueden desconocer *humanitas*, pueden ser aberrantes, como son las leyes que autorizan la tortura o que prescriben penas crueles y desproporcionadas, categorías ambas que se sancionan con demasiada frecuencia en el mundo actual. El legislador penal puede hacerlo y de hecho lo hace. La función jurídica de nuestro saber no es racionalizar las leyes que desconocen *humanitas*, sino descubrirlas, denunciarlas y, en el proyecto de jurisprudencia que la ciencia penal propone a los jueces, brindar los argumentos para que éstos descarten su aplicación.

No obstante, *humanitas* no es nueva ni mucho menos, ni siquiera se origina con el liberalismo penal, sino que provenía de la vieja legislación romana. La afirmación de Carrara, según la cual los romanos habían sido gigantes en derecho civil y enanos en derecho penal, fue duramente criticada por varios autores de todas las épocas posteriores<sup>6</sup>. Pero la frase del maestro lucano encierra una verdad a medias.

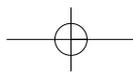
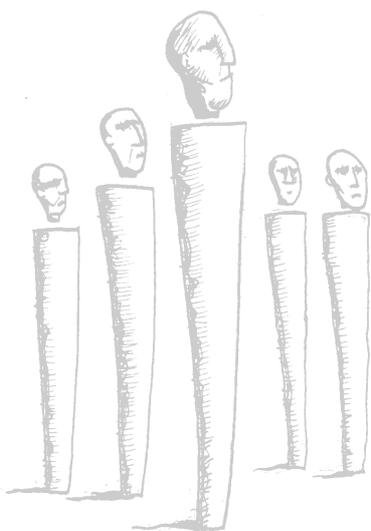
El monumental estudio de Mommsen<sup>7</sup> y muchos otros posteriores y anteriores<sup>8</sup> parecen indicar lo contrario. La tradición de centralidad de la persona en el proceso penal romano republicano y en el propio derecho penal fue resaltada por los propios liberales, como Pagano<sup>9</sup>, quien en pocas páginas sintetiza un proceso de decadencia de *humanitas* en el imperio, donde las penas se volvieron atroces y se introdujo la tortura<sup>10</sup>. Los *libris terribilis* del *Digesto*<sup>11</sup> recopilaron las leyes de esta decadencia y, en verdad, si el juicio carrariano se refiere a éstos, es certero.

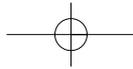
Con los posglosadores y en particular con los prácticos, como les decía al comienzo, nació en verdad nuestro saber, surgió el sistema. Una teoría del delito, primitiva, ingenua, pero sistema al fin, conforme al criterio objetivo/subjetivo<sup>12</sup>. Todos los comienzos son balbuceantes, y el del saber jurídico penal también lo fue.

Pero desde el derecho romano no sólo viene *humanitas*, sino también su antónimo, esto es, la posibilidad de negar al ser humano su condición de persona, lo que sucedía cuando se le consideraba *hostis*, enemigo. El *hostis* en el derecho romano era el extraño, el extranjero, y era tal el extranjero en sentido estricto como el ciudadano al que se declaraba *hostis* para privarlo de todos los derechos de la ciudadanía: eran las categorías del *hostis alienigena* y del *hostis declaratus*. El *hostis alienigena* al menos quedaba precariamente protegido por el *jus gentium*, pero el *declaratus* no tenía protección alguna, era privado de toda condición de persona por la autoridad de la *potestas* que correspondía al senado<sup>13</sup>.

*Humanitas* y *hostis* son dos categorías contrapuestas, una dialéctica que empieza en Roma en tiempos de la república y que sigue hasta nuestros días, donde incluso perduran ambas clases de *hostis*. Me acabo de ocupar del *hostis* en un libro reciente<sup>14</sup>, aquí quiero ocuparme de *humanitas* y, por ende, paso por alto las alternativas de su opuesto.

*Humanitas* se opacó hasta desaparecer con la vuelta a la confiscación de la víctima en la baja edad media, es decir, cuando el señor (*dominus*) vuelve a usurpar el lugar de la víctima e investiga





Eugenio Raúl Zaffaroni

El derecho penal y los derechos humanos. *Humanitas*.

por *inquisitio*, cuando la verdad procesal se obtiene por la interrogación violenta<sup>15</sup>, alcanza su mayor límite de subestimación de *humanitas* con la persecución de herejes y brujas, con la inquisición romana y con la aún más extendida laicización de su proceso.

*Humanitas* brilla sin duda, con su máximo esplendor, en el Iluminismo y en el penalismo liberal, entre las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Sin embargo esas obras hubiesen quedado en el puro plano de críticas de no ser por la posterior introducción de esas ideas en el derecho penal sistemático, tarea que llevaron a cabo los penalistas que, con la técnica de los posglosadores, hicieron que esas ideas pasaran a formar parte de los proyectos de jurisprudencia de la época y, de este modo, de las decisiones de los tribunales. Esta fue la obra de Feuerbach<sup>16</sup>, de Pagano, de Carmignani, de Mori<sup>17</sup> y, por supuesto, de Francesco Carrara con su monumental *Programma* cuyo paralelo alemán puede ser la obra de Binding<sup>18</sup>.

Pero en la menos feliz de todas las teorías del genial Feuerbach, la de la *coerción psicológica* como objetivo de la pena (*psychologische Zwang*) y en la paralela de la pena como *contropinta penale* neutralizante de la *spinta criminale* de Romagnosi<sup>19</sup>, se contenía el germen de una nueva decadencia de *humanitas*, que estos autores no habían percibido. ¿Por qué el contraimpulso penal debía tener la medida de la lesión? ¿No dependerá más bien de caracte-

rísticas del autor? Esta pregunta se la formuló Carlo Cattaneo<sup>20</sup> y con ello, la pena perdió proporción con la lesión y el reproche.

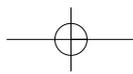
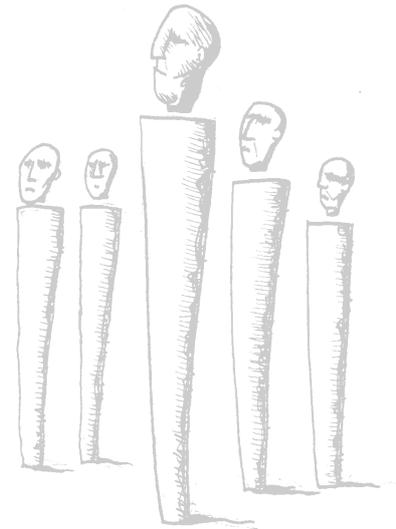
En la segunda mitad del siglo XIX, con la pena liberada de la proporción con la entidad del delito, entraron al derecho penal conceptos pseudocientíficos biólogos y abiertamente racistas de cuño spenceriano. Y *humanitas* llegó a su más ínfima expresión en medio de una total decadencia del contenido pensante del derecho penal. El positivismo penal y la peligrosidad fueron la negación más radical de *humanitas*, con un abierto retorno a las estructuras inquisitoriales a la medida de la obsesión por el orden del disciplinamiento policial de la sociedad. Las clases subalternas, los huelguistas, los colonizados, los disidentes, los molestos urbanos y las masas populares configuraron el conjunto de enemigos marcados con la *degeneración*<sup>21</sup> como expresión de inferioridad biológica.

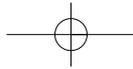
Las groserías del barón Garofalo<sup>22</sup> y las expresiones, sustancialmente parecidas -aunque más finas y elaboradas, como correspondía a un jurista en serio- de Franz von Liszt<sup>23</sup> abrieron el camino para la eliminación de todos los molestos al poder y a la creciente jerarquización de la nueva sociedad urbana del industrialismo. El delito perdió importancia por su lesividad y sólo la conservó como síntoma que demandaba mayor o menor grado de neutralización sobre el autor.

La persona desapareció, quedando el ser humano reducido a un

ente más entre los entes, sólo diferenciable por su mayor complejidad, es decir, una cosa que en ocasiones podía ser peligrosa y, ante un signo en ese sentido, debía ser reparada o destruida. El camino hacia el genocidio quedó allanado, como siempre que *humanitas* desaparece o se subestima.

Para los positivistas puros la pena no era más que la neutralización de entes peligrosos. Para quienes siguieron tortuosos caminos de imposible compatibilización y mezclaron antropologías incompatibles, esto es, la ética tradicional de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc. con el biologismo de Spencer, las penas proporcionadas a los delitos se complementaron con penas neutralizadoras, a las que mediante el llamado *embuste de las etiquetas*<sup>24</sup> se las llamó *medidas de seguridad* y se pretendió otorgarles naturaleza administrativa.





Tal sucedió con cierta prudencia en la legislación suiza pacientemente elaborada por un discípulo de Liszt, Karl Stooss, y con menor cautela en el código fascista de Rocco de 1930.

La prudencia se pierde cuando falta *humanitas* y, especialmente, en los momentos de crisis económica o bélica. ¿Para qué mantener estas cosas peligrosas que cuestan dinero? ¿Por qué repararlas cuando es más fácil cambiarlas, como un electrodoméstico? Si se necesita dinero para escuelas, hospitales y caminos ¿Para qué destinarlo a los molestos y dañinos? Si hay hambre para la gente decente ¿Por qué darle su comida a los dañinos? Si una juventud sana se mata por la patria en la guerra ¿Para qué pagar para mantener a los parásitos?

Si falta *humanitas*, los humanos son intercambiables y, por ende, su eliminación o conservación es una cuestión de costo/beneficio para el poder. No debe llamar la atención, pues, que llegado a este extremo, el programa final y coherente del positivismo, hasta sus últimas consecuencias, haya sido el *Konzentrationslager* nazista o el *gulag* stalinista.

Un biólogo férreamente racista como Franz Exner<sup>25</sup> y un penalista para el que *humanitas* no contaba, aunque había desarrollado hasta uno de sus puntos más altos la técnica de los prácticos, o sea, un *neo-práctico* del siglo XX, Edmund Mezger, proyectaron en el ocaso del nazismo, una legislación para la eliminación en campos de concentración de los *extraños a la comunidad* (*Gemeinschaftsfremde*)<sup>26</sup>.

Como Mezger, en sus elaboraciones *neo-prácticas* conservaba al-

gunos jirones de referencia a la entidad del delito, un connotado positivista italiano, catedrático de Milán, Filippo Grispigni polemizó con él, señalándole que era poco nazista, pues las mayores innovaciones del derecho penal en siglos eran la teoría de la raza y la esterilización del nazismo<sup>27</sup>. De este modo, el positivismo peligrosista, por boca de uno de sus últimos y máximos exponentes, confesaba que el genocidio nazista era su culminación coherente y lo apoyaba con singular entusiasmo. *Humanitas* había desaparecido por completo.

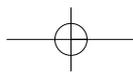
Algo parecido sucedía en la Unión Soviética. Nikolai Krylenko llevó el positivismo al extremo de su coherencia, al proponer un código penal sin parte especial, dada la escasa importancia que tenía el delito, o sea, dejando librada a los jueces la individualización de los signos de peligrosidad. Krylenko fue eliminado por *trotskyista* en las purgas de los años 30, víctima de su propia tesis<sup>28</sup>, y el positivismo aunado a la defensa del estado fue el objetivo central de la teorización penal que racionalizaba el *gulag*.

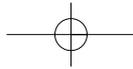
*Humanitas* renació después de la Segunda Guerra Mundial. La catástrofe decidió al penalismo a repensar su saber. El viejo culto a la letra de la ley había funcionado en una Europa que buscaba el afianzamiento de sus estados nacionales, la verticalización de sus sociedades siempre prestas a la guerra entre ellas. Karl Binding y su obsesión por las normas deducidas del derecho positivo era el teórico de los tiempos de la consolidación de la unidad alemana con el príncipe Bismarck. El positivismo de Liszt respondía al ordenamiento planificado de la

segunda etapa del imperio guillermino. El positivismo legal había sido el refugio del penalismo durante la dictadura italiana. La huida hacia un normativismo al estilo neokantiano había servido para perfeccionar el sistema y para que éste pudiera sobrevolar sin inmutarse la dictadura alemana y sus aberraciones. Hasta antes de la Segunda Guerra podía decirse con tranquilidad que una ley que ordenase matar a todos los niños de ojos azules era derecho, pero cuando esas dejaron de ser especulaciones teóricas y esas leyes habían existido, era imposible seguir sosteniendo lo mismo impávidamente. El racismo, el Holocausto, la esterilización masiva, la muerte masiva de enfermos, eso había sido realidad y no mera especulación.

En los dos países que habían sufrido los totalitarismos de entreguerras, el penalismo opera un giro importante, cuyos autores fueron Hans Welzel en Alemania y Giuseppe Bettiol en Italia. Son los penalistas del renacimiento de *humanitas* en el momento de la construcción de sus respectivas repúblicas, de la restauración de sus democracias. Fueron los penalistas propios de los tiempos de Konrad Adenauer y de Alcide De Gasperi.

Era difícil para los iluministas y racionalistas descartar una ley penal positiva aberrante, por lo que a comienzos del siglo XIX, Anselm von Feuerbach afirmaba rotundamente que la filosofía era fuente del derecho penal y, al promediar ese siglo, Carrara deducía su sistema de la razón, que es más o menos lo mismo. De cualquier manera, estas posiciones eran criticadas y desprestigiadas





Eugenio Raúl Zaffaroni

El derecho penal y los derechos humanos. *Humanitas*.

como *jusnaturalistas* por los positivistas de su tiempo y posteriores. En la agonía de la Segunda Guerra Mundial, Giuseppe Bettiol retomó la posición de Feuerbach<sup>29</sup>, Gustav Radbruch planteaba sus angustias frente a la omnipotencia legislativa<sup>30</sup> y Hans Welzel buscó límites al legislador con su teoría de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*). Recrudesció el debate entre jusnaturalismo y positivismo, con alguna ventaja para el primero, que se puso de manifiesto en las primeras sentencias del tribunal constitucional alemán. ¿A qué se debía esta tendencia?

Si nos situamos en la época, o sea, en la mitad del siglo pasado, veremos que comenzaba la guerra fría, que los Derechos Humanos eran materia de una Declaración que no tenía mayor valor jurídico, que las Constituciones de la República Federal de Alemania (1949) y de la República Italiana (1947) eran documentos recientes y de incierto futuro, a juzgar por lo sucedido con la *Weimarer Grundgesetz* y con el débil Estatuto Albertino, por no recordar el destino de las constituciones de Austria, de Checoslovaquia y de la República Española. La Convención de Roma (1950) tampoco garantizaba nada como sistema regional de Derechos Humanos. Era urgente que la ciencia penal misma se erigiese en reaseguro de *humanitas*, frente a la debilidad del derecho positivo, escaso y con vigencia siempre riesgosa. El penalismo sintió la necesidad de dar los elementos que permitiesen descartar las posibles leyes aberrantes.

En este sentido marcharon Welzel y Bettiol. Fueron dos autores de pensamiento preferentemente conservador, pero en los que *humanitas* recobró todo el brillo que había perdido, subestimada por el positivismo penal y el neokantismo indiferente al mundo.

Welzel teorizó sus estructuras lógico reales o lógico objetivas como una vuelta al realismo, invirtiendo los planteos del neokantismo. Conforme a esta tesis<sup>31</sup>, el derecho se vincula a las estructuras de la realidad, los conceptos jurídicos que invocan la realidad no pueden alterarla, dando lugar así a lo que se consideró un jusnaturalismo en sentido negativo<sup>32</sup>: no pretende afirmar cómo debe ser el derecho, sino decir que algunas cosas no son derecho. Pero sobre todo, consideraba Welzel que había una estructura lógico real fundamental, cuya violación o desconocimiento hacía desaparecer el derecho, y era la vinculación de éste con la persona, con la consideración del ser humano como ente dotado de conciencia moral. Era sin duda *humanitas* que volvía de pleno derecho y por vía del realismo jurídico.

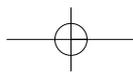
Welzel no desarrolló hasta sus últimas consecuencias su revolucionaria tesis realista, pues no se animó a llevarla hasta la teoría de las penas<sup>33</sup>. En su obra se observa un claro corte teórico entre las teorías del delito y de la pena. La legitimación de las medidas de seguridad es contradictoria con su punto de partida. Pero sin duda revolucionó la teoría del delito.

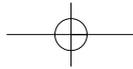
Giuseppe Bettiol siguió un cami-

no parcialmente diferente, pues centró su atención sobre las penas. En algún momento afirmó que reelaboraría su obra conforme al sistema de Welzel en la teoría del delito<sup>34</sup>, pero no lo hizo. Estuvo mucho más preocupado por las medidas de seguridad, sin duda una supervivencia del positivismo. Así como en plena época fascista había criticado la esterilización lo más duramente que el régimen soportaba<sup>35</sup>, sostuvo que la filosofía era fuente del derecho penal<sup>36</sup>, fue enemigo de la pena de muerte<sup>37</sup>, pugnó por una vuelta al derecho penal de culpabilidad<sup>38</sup>, combatió sin cuartel las medidas de seguridad<sup>39</sup> y propugnó la vuelta al código de Zanardelli y la derogación del código de Rocco<sup>40</sup>. Fue sin duda, el más fino de los penalistas italianos del siglo XX<sup>41</sup>.

Católico y militante de la democracia cristiana, diputado constituyente de 1947 y ministro de De Gasperi, se dice que fue el inspirador de la alocución de Pio XII a los asistentes al Congreso Internacional de Derecho Penal en 1953, donde éste sostuvo decididamente el derecho penal de culpabilidad<sup>42</sup>. Cuando en su última visita a Buenos Aires en 1980 reflexionaba sobre un derecho penal cristiano, afirmó que éste era en definitiva el derecho penal liberal y recordó que el Estado Vaticano, *un estado ciertamente confesional, se rige con un código penal laico liberal, obra de Zanardelli, gran maestro de la masonería*<sup>43</sup>.

Estas dos luces del siglo XX marcaron una época del penalismo, la del renacimiento de la demo-





cracia europea, cuya claridad se extiende hasta el presente. Pasaron los años, las democracias se asentaron, las Constituciones se consolidaron, pero, por sobre todo, se desarrolló el derecho internacional de los Derechos Humanos. Después de la conferencia de Teherán la Declaración Universal pasó a formar parte de la Carta de la ONU, y los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dieron estatuto legal al sistema universal de Derechos Humanos, las Convenciones de Roma y de San José de Costa Rica entraron en vigencia real y se organizaron con eficacia los sistemas regionales europeo y americano de Derechos Humanos. *Humanitas*, o sea, el *derecho natural* de Feuerbach y de Carrara, y también el de Bettiol y el de Welzel, se convirtieron en derecho positivo internacional.

En nuestro país sucedió algo curioso: en tanto que Europa continental no admitía que los tribunales pudiesen descartar la aplicación de leyes aberrantes, dado que eran estados legales –y no constitucionales– de derecho, nosotros, siguiendo el modelo norteamericano desde 1853, al menos formalmente, éramos un estado constitucional de derecho, con un control difuso de constitucionalidad consagrado en nuestra ley fundamental. Pero lo curioso fue que seguimos la doctrina penal de los estados europeos que no conocían ese control y aunque nuestra doctrina penal muy tempranamente se contagió el desprecio positivista hacia *humanitas*, por suerte éste fue más declamado que práctico<sup>44</sup>, al punto de que en 1921 sancionamos un código penal –hoy lamentable-

mente descalabrado por la irresponsabilidad legislativa– que no es positivista, que nunca sancionamos leyes de estado peligroso sin delito pese a los numerosos proyectos, y que en 1933 rechazamos una propuesta de reforma de clara inclinación autoritaria positivista, que sólo obtuvo media sanción del Senado<sup>45</sup>. Pese a nuestra incoherencia, *humanitas* nunca desapareció del todo de nuestro derecho penal y, cuando con la dictadura más sanguinaria de nuestra historia desapareció de la realidad, por suerte para la dignidad y el prestigio del penalismo argentino no hubo ningún penalista que se atreviera a intentar su racionalización.

Lo cierto es que la dialéctica entre *humanitas* y su antónimo continúa, como lo impone la dinámica de la historia. La implosión de los países del llamado *socialismo real* en Europa, el reacomodamiento de China, los excedentes de capital determinantes de nuevas guerras, generaron nuevos *hostis* en un panorama mundial amenazador para los Derechos Humanos. Leyes penales que desconocen *humanitas* cunden por el mundo, en lo nacional impulsadas por brotes de *populacherismo* penal demagógico vindicativo, en lo internacional por la administración republicana de la potencia hegemónica mundial, que abandona rápidamente las mejores tradiciones democráticas de los Estados Unidos<sup>46</sup>. Frente a las leyes aberrantes se alzan reacciones judiciales importantes que invocan *humanitas*<sup>47</sup>.

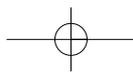
En medio de esto resurgen *neo-prácticos* en el derecho penal, preocupados sólo por perfeccionar el sistema. Si bien nadie teoriza la subestimación de *humani-*

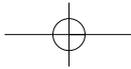
*tas*, algunos proponen concederle un espacio a su antónimo para contener su avance arrollador<sup>48</sup>.

La dialéctica continúa con ropajes diferentes, con corporaciones y agencias distintas a las precedentes que luchan entre sí por hegemonizar el poder punitivo. Ya no tenemos la inquisición romana, tampoco la policía urbana de tiempos positivistas, la globalización impone nuevas reglas, pero los atuendos vistosos e innovadores ocultan los mismos cuerpos, las mismas figuras, la misma contradicción, sólo que obligan a agudizar el ingenio y la atención para percibirlos y no engañarnos. *Humanitas* y *hostis*, derecho penal liberal y derecho penal autoritario siguen compitiendo, en carrera dramática, porque la historia no muy lejana enseña que cuando se radicaliza se plantea como opción entre *humanitas* y genocidio.

A treinta años de la desaparición de Welzel, a veinticinco de la de Bettiol, es nuestro deber volver la vista hacia quienes desde el siglo pasado pueden iluminar nuestro camino en los difíciles comienzos de este siglo XXI. Hay también otros nombres que desde el otro siglo arrojan luz, como el del recordado Alessandro Barratta<sup>49</sup>. Hay muchos otros que comparten nuestros días y nuestras angustias; por todos menciono a Luigi Ferrajoli<sup>50</sup>, como ejemplo claro de la presencia de *humanitas* en nuestros días. Nuestro saber, pese al momento negativo que le toca vivir en este *corsi e ricorsi*, defiende su dignidad, no cabe duda.

Termino esta *Lectio* pidiendo excusas por una síntesis que obliga a omitir matices, por un esfuerzo que obliga a simplificar,





Eugenio Raúl Zaffaroni

El derecho penal y los derechos humanos. *Humanitas*.

que en alguna medida es tergiversar, pero sin perjuicio de los análisis particulares y por consiguiente más precisos, de vez en cuando es necesaria la visión de conjunto, para saber dónde se halla cada paraje en el mapa general. En pocos años –aunque no sé después de cuántos desastres– tendremos que reconstruir la democracia en el mundo, porque *todo fluye*, Heráclito se impone, y por eso quise hoy particularmente reivindicar el

pensamiento penal de la reconstrucción democrática, las estructuras lógico reales de Welzel y la preocupación por la culpabilidad de Bettiol, *humanitas* en el renacimiento de las democracias europeas.

Será tarea de los estudiantes de hoy reconstruir el derecho penal cuya destrucción estamos tratando de evitar, y para ello deben saber hacia quiénes mirar como fuente de inspiración.

A los estudiantes en especial dirijo estas últimas palabras: si alguna duda cabe acerca de la toma de posición del saber penal por *humanitas*, basta para descartarla observar que ningún instituto, facultad, universidad, centro o ente académico lleva el nombre de Torquemada, de Rosenberg, de los nazistas de la *Kielerschule* o del fiscal Vichinski. *Nuestra ciencia siempre está del lado de humanitas y no perdona a sus traidores.*

## Notas

1 Cfr. CARLOS BEORLEGUI, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 336.

2 RUDOLF VON JHERING, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. De O. de Meulenaere, París, 1877; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, pág. 132; Dino Pasini, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962.

3 Cfr. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRAO, *História das Universidades*, Porto, 1983; Jacques Le Goff, *Os intelectuais na Idade Média*, Rio de Janeiro, 2003, págs. 151 y sgts.; Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo)*, México, 1987.

4 V. FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, I.

5 Por ej., *Clementinae, si furiosus De homicidio, relectio: auctoritate Didacti Couarruuias à Leyua*, Salmanticae, 1510; sobre Covarrubias, Julián Pereda, S.J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Friedrich Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957.

6 Por ej., ENRICO FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, en "Studi sulla criminalità ed altri Saggi", Torino, 1926, pág. 375; Ladislao Thot, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)*, Buenos Aires, 1927, págs. 13 y sgts.; Horacio C. Rivarola, *En defensa del derecho penal de los romanos*, en "Rev. de Derecho Penal", Buenos Aires, 1947, págs. 321 y sgts.

7 R. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; hay trad. Francesa, París, 1906-1907, y castellana de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., sin notas.

8 Para la bibliografía del siglo XIX, CONTARDO FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en "Enciclopedia Pessina", Milano, 1905, I, págs. 3 a 428.

9 FRANCISCO MARIO PAGANO, *Principj del Codice Penale*, Milano, 1803, trad. castellana: *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

10 "Al mismo tiempo que se establecían las penas más ásperas y graves, éstas se volvieron más arbitrarias, sea porque la arbitrariedad judicial fue consecuencia necesaria de la arbitrariedad política, sea por la falta de un exacto código penal" (Pagano, op. cit., pág. 67).

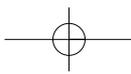
11 Son los libros XLVII y XLVIII del Digesto, v. MANUEL GÓMEZ MARÍN Y PACUAL GIL Y GÓMEZ, *El Digesto del Emperador Justiniano en castellan y latin, El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*, Madrid, 1874, III págs. 565 y sgts.

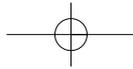
12 En el siglo XVIII el sistema se observa muy claramente: PIERRE-FRANÇOIS MUYARD DE VOUGLANS, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757; LURENTII MATTHAEU ET SANZ, *Tractatus de re criminali*, Ludguni, 1702; JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804.

13 Cfr. R. VON JHERING, op. cit., I, pág. 228; ALBERT DU BOYS, *Histoire du Droit Criminel des peuples Anciens*, París, 1845, pág. 245; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, pág. 146.

14 *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006; Buenos Aires, 2006.

15 Sobre esta forma de acceso a la verdad, MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.





- 16 ANSELM RITTER VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847 (hay trad. Castellana).
- 17 *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1847.
- 18 *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.
- 19 G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del Diritto Penale*, Prato, 1833.
- 20 Cfr. GIULIO ANDREA BELLONI, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Torino, 1931.
- 21 DANIEL PICK, *Volte della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milano, 1999.
- 22 R. GARÓFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891.
- 23 FRANZ VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994.
- 24 Ed. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, en ZStW, 1924.
- 25 FRANZ EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1957. Ver especialmente el capítulo sobre la delincuencia de los afroamericanos en USA.
- 26 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del Nacional-socialismo*, Valencia, 2003.
- 27 FILIPPO GRISPIGNI-EDMONDO MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1942.
- 28 Cfr. SIMON SEBAG MONTEFIORE, Stálin, *A corte do Czar vermelho*, Sao Paulo, 2006, pág. 271.
- 29 GIUSEPPE BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, pág. 623.
- 30 GUSTAV RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); *Gerechtigkeit und Gnade* (1949); *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en apéndice a su *Rechtsphilosophie herausgegeben von Erik Wolf*, Stuttgart, 1970; sobre el tema varios trabajos entre los publicados en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann*, Göttingen, 1968; Zong uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en ARSP, 1970, LV1/2; Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.
- 31 HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. für Niedermeyer, Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, en "Fest. für Henkel", Berlin, 1974.
- 32 JULIUS MOOR, cit. por Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, pág. 240.
- 33 Lo señalamos en *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.
- 34 Así lo expresó en el prefacio a la segunda edición de su *Diritto Penale*.
- 35 V. *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, en "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1934, reproducido en *Scritti Giuridici*, I, pág. 102.
- 36 V. en castellano, *El problema penal*, trad. de José Luis GUZMÁN DALBORA, Buenos Aires, 1995, págs. 25 y sgts.
- 37 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, pág. 761.
- 38 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, págs. 535, 687, 739.
- 39 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, págs. 937 y 974.
- 40 Cfr. su posición crítica frente al código de Rocco, en *Scritti Giuridici*, II, pág. 1013.
- 41 Sobre BETTIOL, GAETANO MARINI, *Giuseppe Bettiol, Diritto Penale come filosofia*, Napoli, 1985.
- 42 Mensaje de SS. Pio XII al VIº Congreso Internacional de Derecho Penal, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", T. VIII, 1953, págs. 579-594; también, Julián Pereda, *La culpa y la pena según SS. Pio XII*, en "Estudios Deusto", enero-junio 1955, págs. 159 y sgts.
- 43 G. BETTIOL, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, a cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani, Padova, 1984, pág. 8.
- 44 En curso de impresión se halla un libro de Giuditta Crezzo, *El positivismo italiano en la Argentina*, donde se verifica el compromiso más formal que de fondo de los autores argentinos.
- 45 JOSÉ PECO, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.
- 46 Cfr. JOHN W. DEAN, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.
- 47 *Opinion of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet; George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal La Ley", nº 16, Madrid, julio de 2005.
- 48 GÜNTHER JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad castellana en Günther Jakobs/Mmanuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.
- 49 ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, 1982, trad, castellana de Alvaro Bunster, México, 1986; *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo-Buenos Aires, 2004; *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963; un panorama completo de su obra y trabajos en: Universität des Saarlandes, Universitätsreden 55, *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. H. C. mult Alessandro Baratta, 2. Juli 2003*.
- 50 LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.

